

*DIES A QUO PARA A INCIDÊNCIA DA
TAXA SELIC E MULTA:
UMA LEITURA CONSTITUCIONAL*

THE DAY FROM WHICH THE SELIC RATE AND FINE
SHOULD BE APPLIED: A CONSTITUTIONAL
APPROACH

Tereza Aparecida Asta Gemignani*

“ Só a superação desta visão, com o reconhecimento da *força normativa* de toda a Constituição, em especial de seus princípios, é que vai permitir conceber o ordenamento como uma unidade, na qual a Lei Maior representa não apenas o limite para o legislador, mas também o norte de sua atuação e o centro unificador de todo o direito infraconstitucional.”

Daniel Sarmento

Resumo- O artigo se propõe a examinar a tormentosa questão do *dies a quo* para o cômputo de juros pela taxa SELIC e multa moratória em relação às contribuições previdenciárias executadas pela Justiça do Trabalho. Sustenta que, ante o princípio da unidade da Constituição, o disposto no inciso VIII do art. 114 deve ser interpretado em conjunto com o inciso I do art. 109 da CF/88. Pondera que fato gerador e constituição em mora são institutos jurídicos distintos, ressaltando que a execução de ofício na Justiça Trabalhista é pautada por regras próprias, que não substituem a ação fiscal da União, não exigem anterior lançamento nem prévia inscrição na dívida ativa, de modo que não se confundem com as que regem o procedimento administrativo fiscal e judicial tributário. Defende a observância da tipicidade e do princípio da estrita legalidade previsto no art. 150 da CF/88, com aplicação do critério estabelecido no § 3º do art. 43 da Lei n. 8.212/

* Tereza Aparecida Asta Gemignani é Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – Campinas - Doutora em Direito do Trabalho - nível de pós-graduação pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP - Universidade de São Paulo.

1991, conforme recente alteração promovida pela Lei n. 11.941/2009, pois em consonância com o art. 880 da CLT, para que seja cumprido o *due process of law*, agasalhado no inciso LIV do art. 5º da Carta Maior a fim de preservar a segurança jurídica.

Palavras-chave: Taxa referencial SELIC. Execução. Contribuição previdenciária.

Abstract: This article aims at examining the controversial issue of the day from which the SELIC rate and a late charge should be applied to social security contributions imposed by Labor Courts. It states that due to the unity of principles established in our Constitution, the provisions of article 114, item VIII, should be interpreted in accordance with article 109, item I, of the Constitution, 1988. It ponders that the taxable event and the delay in the payment have different legal meanings and that the execution proceedings issued by a Labor Court on its own initiative have their own rules, which do not replace federal tax collection procedures and do not require a previous registry of overdue tax liability; that is, these rules should not be mistaken with those prescribed for administrative and judicial tax collection procedures. It also states that the definition of the tax and the principle of legality should be strictly observed, according to article 150, of the Constitution, 1988, and to the criteria established under article 43, paragraph 3, of Act 8.212, 1991, as recently altered by Act 11.941, 2009, accordingly to article 880 of the Consolidation of Labor Laws (CLT), so that the due process of law is respected, as prescribed under article 5, item LIV, of the Constitution, in order to maintain the stability of the legal system .

Key words: SELIC rate. Execution. Social Security Contribution.

Sumário: 1 Introdução; 2 As alterações da Emenda Constitucional n. 45; 3 A unidade da jurisdição trabalhista; 4 O princípio de interpretação das Leis em conformidade com a unidade constitucional; 5 A distinção entre fato gerador e constituição em mora; 6 O *dies a quo* para a incidência da taxa SELIC e a conversão da Medida Provisória n. 449/2008 na Lei n. 11.941/2009; 7 O princípio da estrita legalidade; 8 Conclusão; 9 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A conversão da Medida Provisória n. 449/2008 na Lei n. 11.941/2009 veio suscitar controvérsia sobre muitas questões que envolvem o recolhimento previdenciário em execu-

ção processada de ofício nos autos de uma ação trabalhista. Trata-se de momento propício para estimular as discussões acerca da interpretação do texto legal que possam levar à conclusões concretas e, por isso, a fim de contribuir para o debate, trago para

análise a matéria referente ao cômputo do *dies a quo* para a incidência da taxa SELIC e multa moratória.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao traçar um capítulo inteiro sobre a Seguridade Social (Título VIII - Capítulo II - arts. 194 a 204), como gênero que abriga três espécies distintas: a previdência social, a assistência social e a saúde, agasalhando de vez a teoria dualista ao desvincular o direito previdenciário do direito trabalhista, incluído entre os fundamentais no Capítulo II do Título II - art. 7º.

Assim, estabeleceu de forma clara que nas questões que versam sobre seguridade social a relação é estatutária e publicista *ex lege*, formada entre os particulares e o Estado, pautada pelo princípio da estrita legalidade, enquanto o direito trabalhista rege relações de natureza jurídica contratual.

A Seguridade social é direcionada por princípios diferenciados e contém conceitos próprios como salário de benefício, salário de contribuição, auxílio-doença, renda mensal, entre outros. As normas que disciplinam o procedimento fiscal administrativo e o judicial tributário estão atreladas ao princípio da estrita legalidade, estabelecem regras peculiares que preveem a pos-

sibilidade de Recuperação Fiscal (REFIS) e sistemas de parcelamento (PAES / PAEX), benefícios que não podem ser concedidos numa execução trabalhista processada com observância do *due process of law*.

Como bem ressalta Regina Helena Costa¹, a tributação exercida pelo Estado “há de ser desenvolvida dentro dos balizamentos constitucionais, impondo-se a edição de leis tributárias com observância dos princípios pertinentes”.

Os institutos jurídicos são distintos e a competência também.

Enquanto à Justiça do Trabalho cabe julgar as lides que tratam de matéria trabalhista conforme estabelece o art. 114 da CF/88, compete à Justiça Federal tratar das questões previdenciárias em que a União figure como “autora, ré, assistente ou oponente”, como reza o

inciso I do art. 109 da CF/88.

Entretanto, as leis editadas sob a égide da Carta de 1988 estabeleceram um espaço de confluência entre o direito trabalhista e o previdenciário, ao construir o conceito de segurado. Não se trata de junção, pois a noção de segurado não se restringe apenas aos que exercem atividade remunerada, podendo incluir outros como a dona de casa e o síndico de condomínio sem remuneração. Porém, há um imbrica-

“A Constituição Federal de 1988 inovou ao traçar um capítulo inteiro sobre a Seguridade Social (Título VIII - Capítulo II - arts. 194 a 204), como gênero que abriga três espécies distintas: a previdência social, a assistência social e a saúde, agasalhando de vez a teoria dualista ao desvincular o direito previdenciário do direito trabalhista, incluído entre os fundamentais no Capítulo II do Título II - art. 7º.”

¹ COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6.

mento conceitual inequívoco na medida em que todo trabalhador, só por ostentar essa condição, se torna segurado obrigatório, independentemente de estar, ou não, inscrito no órgão previdenciário. Nesses termos preceitua o art. 12 da Lei n. 8.212/1991, ao estabelecer que o simples exercício de atividade remunerada, sujeita ao Regime Geral de Previdência Social, provoca filiação automática, formando uma relação jurídica com o órgão previdenciário. Nesse sentido também dispôs o parágrafo único do art. 20 do Decreto n. 3048/1999, ao consignar expressamente que a “filiação à previdência social decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada para os segurados obrigatórios”, assim evidenciando claramente a junção da figura do trabalhador e do segurado.

2 AS ALTERAÇÕES DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45

Visando preservar a unidade da jurisdição trabalhista, a Emenda Constitucional n. 45 acrescentou o inciso VIII ao art. 114 da CF/88, estabelecendo a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar: “a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.”

A aplicação desse dispositivo tem causado intensa celeuma quanto à extensão de seu alcance:

Alguns procedem à leitura reducionista do que ali está disposto, entendendo que a incidência pre-

videnciária só é cabível quando for proferida sentença de natureza condenatória, excluindo as decisões declaratórias de vínculo, tendo sido neste sentido expedido o inciso I da Súmula 368 do C. TST.

Contudo, parece-me que tal entendimento foi superado e está em dissonância com a ideia básica que norteou a edição da Emenda Constitucional n. 45, qual seja, a de reconhecer a unidade da jurisdição trabalhista a fim de conferir-lhe maior efetividade, diretriz devidamente explicitada pela Lei n. 11.457/2007 ao acrescentar o parágrafo único ao art. 876 da CLT.

Com efeito, como aduzir que na Justiça do Trabalho a execução da incidência previdenciária se processaria apenas em relação às sentenças condenatórias, quando as declaratórias de vínculo produzem efeitos decisivos na concessão de benefícios previdenciários ao trabalhador, segurado obrigatório? Como sustentar a partição de competência quando a Lei Maior sinalizou exatamente em sentido contrário?

A alegação de que os valores assim recolhidos, mediante execução trabalhista, estavam sendo lançados pelo INSS indevidamente num fundo comum e não eram considerados para fins de concessão de benefícios indica a necessidade de correção dos procedimentos adotados, mas não respalda a redução da competência, ante o teor do dispositivo constitucional supra referido, que assim estabelece de forma genérica em relação a toda sentença trabalhista, de modo que não há supedâneo para a exclusão das declaratórias.

Outros partem para uma leitura ampliativa pretendendo, ao arrepio da Lei Maior, imputar à jurisdição trabalhista uma atribuição supletiva da inércia fiscal da União, enxertando indevidamente no processo trabalhista atos próprios da atividade fiscal, administrativa e tributária do Poder Executivo.

Também considero insustentável essa posição extremada, pois o Poder Judiciário Trabalhista não é órgão administrativo e não lhe compete substituir a ação fiscalizatória que cabe à União, pois a lei não deixou de exigir tais procedimentos por parte do fisco, nem foi abolido o processo judicial de cobrança que a União deve implementar junto a Justiça Federal Comum.

Nesse contexto, como deve ser feita a leitura constitucional da matéria?

“Outros partem para uma leitura ampliativa pretendendo, ao arrepio da Lei Maior, imputar à jurisdição trabalhista uma atribuição supletiva da inércia fiscal da União, enxertando indevidamente no processo trabalhista atos próprios da atividade fiscal, administrativa e tributária do Poder Executivo.”

3 A UNIDADE DA JURISDIÇÃO TRABALHISTA

Respalhada no princípio da unidade de convicção, a Emenda Constitucional n. 45 visou garantir a unidade da jurisdição **trabalhista** em razão **da matéria**, por reconhecer na relação de trabalho uma *vis atrativa* dos consequentes desdobramentos **dela decorrentes**, mas não conferiu ao Juízo Trabalhista a atribuição de substituir a ação fiscal própria do Poder Executivo, nem transferiu-lhe a jurisdição tributária,

que continua a ser exercida pela Justiça Federal Comum nos limites traçados pela Carta Magna, de modo que o disposto no inciso VIII do art. 114 deve ser interpretado em consonância com o inciso I do art. 109, ambos da Constituição Federal.

Importante ressaltar que tal critério já vem sendo observado em outras matérias, em que também ocorre este tangenciamento material. Por exemplo, ao constatar a falta de recolhimento do FGTS o juiz trabalhista pode determinar ao empregador que efetue os depósitos

respectivos sob pena de execução direta. Entretanto, não tem atribuição fiscal, nem jurisdição tributária, para condená-lo ao pagamento das multas previstas no art. 22 da Lei n. 8036/1990 em favor do Fisco e da contribuição social de 10% devida ao Fundo nos termos

da Lei Complementar n. 110/2001.

O mesmo ocorre em relação à apuração da incidência previdenciária, pois o fato de existir uma reclamação trabalhista em trâmite nesta Justiça Especializada não impede a atuação fiscal dos órgãos do Poder Executivo, com a observância do procedimento administrativo quanto ao lançamento, inscrição na dívida ativa e ajuizamento da ação pela União perante a Justiça Federal Comum, inexistindo amparo constitucional para sustentar que essa ação fiscal e tributária teria sido substituída por uma ação trabalhis-

ta, em cujos autos se processa de ofício uma execução atípica e peculiar, balizada por limites próprios.

Não foi esse o escopo da Emenda Constitucional.

Não foi isso o que estabeleceu a lei.

O inciso VIII do art. 114 não veio neutralizar a ação fiscal do Poder Executivo, nem teve o escopo de esvaziar o contido no inciso I do art. 109 da CF/88 quanto à cobrança de débito fiscal, sendo que tais procedimentos não se excluem, continuando a existir cada qual em sua esfera de competência.

E qual a esfera de competência trabalhista?

Precisamente o que está disposto no inciso VIII do art. 114, ou seja, nem mais, nem menos do que ali foi fixado.

Cabe à Justiça do Trabalho a execução de ofício das contribuições sociais previstas no art. 195, I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir, condenatórias e declaratórias, assim preservando a unidade da jurisdição trabalhista, no sentido de fazer valer o reconhecimento do vínculo não só nas relações contratuais entre os particulares envolvidos, mas também em face do Estado, nas relações previdenciárias delas decorrentes, pela simples e boa razão de que não tem sentido deixar a jurisdição pela metade. Com efeito, se o trabalhador foi assim considerado pela Justiça Trabalhista, que detém juris-

dição específica para tanto, e se tal categorização *per se* lhe confere a condição de segurado obrigatório junto ao INSS, com o consequente reconhecimento do tempo de serviço para fim de auferir benefícios previdenciários, é evidente que a jurisdição trabalhista só estará completa se a decisão tiver a sua eficácia reconhecida em relação a todos esses aspectos.

Portanto, se a condição de segurado nasce junto com o reconhecimento da existência de um vínculo trabalhista, a preservação da lógica do sistema normativo impe-

le a atribuição de competência à Justiça do Trabalho também para executar as consequentes contribuições previdenciárias decorrentes da sentença proferida. Entretanto, não neutraliza ou substitui a ação fiscal que cabe aos órgãos próprios da União, nem deslo-

ca a integralidade da competência tributária, pois o disposto no inciso I do art. 109 da CF/88 permanece em vigor.

A peculiaridade da execução trabalhista fica bem evidenciada quando passamos a analisar os institutos da decadência e prescrição. Com efeito, caso não prevaleça a posição que ora sustento, um número significativo de contribuições previdenciárias será atingido pela decadência, por ter decorrido o prazo legal de cinco anos sem a devida constituição do crédito tributário (arts. 150, § 4º e 173 do Código Tri-

“O inciso VIII do art. 114 não veio neutralizar a ação fiscal do Poder Executivo, nem teve o escopo de esvaziar o contido no inciso I do art. 109 da CF/88 quanto à cobrança de débito fiscal, sendo que tais procedimentos não se excluem, continuando a existir cada qual em sua esfera de competência.”

butário Nacional), ou mesmo a prescrição, pelo decurso de cinco anos sem a necessária inscrição na dívida ativa (art. 174 do CTN e Súmula Vinculante n. 8 do STF), por ter deixado a União de cumprir com suas atribuições fiscais, que não foram suspensas nem substituídas pelo ajuizamento de uma ação trabalhista.

Ademais, os critérios para a fixação do *dies a quo* quanto à aplicação de juros pela taxa SELIC e multa moratória estabelecidos nos arts. 34 a 39 da Lei n. 8.212/1991, bem como a concessão de parcelamento e recuperação fiscal, têm aplicação específica no procedimento fiscal administrativo e execução judicial processada perante a Justiça Federal Comum, casos em que também incidem as normas que regem os institutos da decadência e prescrição em direito tributário (art. 150, 156 173 e 174 do Código Tributário), mas não se aplicam à execução atípica processada nos autos de uma ação trabalhista, pois é pautada por regras próprias e específicas.

Também se revela juridicamente insustentável a alegação de que o prazo prescricional referente aos recolhimentos previdenciários teria início a partir do ajuizamento porque não há lei que assim estabeleça, além de que, por óbvio, a ação trabalhista não é intentada pelo credor previdenciário.

Destarte, como na execução trabalhista a União só teve conhecimento da existência de um crédito tributário em seu favor quando este já estava sendo executado no curso de uma ação judicial trabalhista, descabe qualquer questionamento

quanto à possibilidade da ocorrência de decadência, devendo ser aplicado, quanto à prescrição, o disposto no § 4º do art. 40 da Lei de Execução Fiscal que prevê o reconhecimento, de ofício, da prescrição intercorrente quando decorridos cinco anos do arquivamento provisório dos autos, determinado após o prazo de um ano sem a localização do devedor ou de bens penhoráveis.

A possibilidade de pronunciamiento de ofício da prescrição intercorrente está em consonância com a diretriz esposada pelo § 5º do art. 219 do CPC, nos termos em que foi alterado pela Lei n. 11.280/2006, sendo inaplicável a diretriz prevista na Súmula n. 114 do C. TST, pois aqui não se trata de crédito trabalhista, mas tributário, o que é bem diferente.

É importante ressaltar que num Estado de Direito, como o nosso, a exigibilidade do débito tributário só se sustenta quando há observância do rito procedimental posto pela lei. No caso das verbas previdenciárias, isso pode ocorrer de duas formas distintas:

1- A constituição do crédito tributário tem início pela fase administrativa mediante lançamento (art. 142 do CTN), que é ato vinculado e enseja as cominações previstas na Lei n. 8.212/1991 quanto à declaração de decadência nos termos do art. 173 do CTN, concessão de parcelamentos e financiamento e, se não houver pagamento, inscrição na dívida ativa com observância do prazo prescricional previsto no art. 174 do CTN, e ajuizamento do executivo fiscal – LEF- perante a Justiça Comum Federal- art. 109 -I da CF/88.

2- Nos autos de uma **ação trabalhista**, processada nos termos do inciso VIII do art. 114 da CF/88. Aqui não há lançamento, não há inscrição na dívida ativa. É a sentença trabalhista que constitui o crédito previdenciário e o reveste de certeza, enquanto a sentença de liquidação lhe confere liquidez, assim perfazendo os requisitos necessários para que se torne exigível. Como a União só toma conhecimento da existência desse crédito em seu favor quando o título já está sendo processado judicialmente, não há que se falar em decadência nem prescrição nos termos dos arts. 173 e 174 do CTN, sendo cabível apenas a decretação de ofício da prescrição intercorrente conforme dispõe o art. 40 da LEF.

O sistema constitucional delimita claramente essas duas situações, tendo o inciso VIII do art. 114 da CF/88 fixado expressamente tal baliza, ao estabelecer que a competência trabalhista refere-se às verbas previdenciárias **decorrentes** das sentenças e acordos.

As normas infraconstitucionais também caminham nesse sentido. O art. 879 da CLT trata da sentença de liquidação, enquanto a lei de custeio distingue com clareza os critérios de cobrança administrativa daqueles que deverão ser observados na execução trabalhista, ao tratar desta questão em dispositivo específico (art. 43), diretriz ratifica-

da e ampliada pela Lei n. 11.941/2009 ao alterar seu § 3º.

Portanto, as contribuições previdenciárias **decorrentes** das sentenças e acordos trabalhistas só se tornam exigíveis quando o débito previdenciário se reveste de certeza e liquidez, que assim possibilite o recolhimento pelo devedor, que só está obrigado a responder pelo pagamento de multa e juros moratórios pela taxa SELIC quando configurada a situação de mora, ou seja, apenas se descumprir o prazo legal previsto no art. 880 da CLT.

E que assim deve ser observado, ante a estrita legalidade e os princípios constitucionais constantes do art. 150 da CF/88 que regem o direito tributário, pois foi a própria lei que fixou a data da configuração da mora nessa modalidade peculiar de execução.

Com efeito, se a União não procedeu a qualquer ato administrativo ou fiscal, não houve lançamento do débito nem inscrição na dívida ativa, qual o amparo legal para retroagir a imputação de multa e juros moratórios desde a prestação de serviços, se antes da sentença de liquidação havia impossibilidade material de cumprir com a obrigação, pois o devedor tributário não tinha conhecimento da importância líquida que devia pagar?

Ressalte-se que o art. 144 do CTN em nenhum momento trata da constituição da mora em processo

“Aqui não há lançamento, não há inscrição na dívida ativa. É a sentença trabalhista que constitui o crédito previdenciário e o reveste de certeza, enquanto a sentença de liquidação lhe confere liquidez, assim perfazendo os requisitos necessários para que se torne exigível.”

judicial trabalhista, disciplinando especificamente a constituição do crédito tributário pelo ato administrativo de lançamento, de modo que ante o princípio da tipicidade, que rege a incidência tributária, não pode ser aplicado fora destes limites, notadamente porque a instância judicial trabalhista não se confunde com a esfera administrativa fiscal.

Insustentável a pretensão de enxertar institutos e normas legais exclusivas da fase administrativa num processo judicial trabalhista que já está em fase de execução, o que tem aumentado desnecessariamente os temas em conflito, ao arrepio da reforma trazida pela EC n. 45.

4 PRINCÍPIO DE INTERPRETAÇÃO DAS LEIS EM CONFORMIDADE COM A UNIDADE CONSTITUCIONAL

Ademais, a fim de possibilitar a operacionalidade do sistema, as normas legais devem ser interpretadas de modo a fazer valer a unidade da Constituição.

Em relação a tal matéria, ressalta Canotilho² que como a Constituição é a *norma normarum* “deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estru-

turas constitucionais, possibilitam a actualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”. Assim, ante o “princípio da força normativa da constituição na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa) contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental,” de modo que a superioridade normativa da Constituição baliza todas as demais leis e atos administrativos.

Este princípio é pautado pela ideia de prevalência da Constituição e conservação da norma posta, com especial atenção para os fins colimados pelo legislador e o sentido em que foi instituída. Pondera que a aplicação dessa diretriz ga-

nha relevância quando “a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma”, o que torna necessário proceder a uma interpretação que “lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição” que, na questão ora em estudo, teve o escopo de garantir em razão da matéria a integralidade da jurisdição trabalhista nesta Justiça Especializada e não de imputar-lhe atribuição

“E que assim deve ser observado, ante a estrita legalidade e os princípios constitucionais constantes do artigo 150 da CF/88 que regem o direito tributário, pois foi a própria lei que fixou a data da configuração da mora nessa modalidade peculiar de execução.”

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. Ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina. p. 1210.

fiscal supletiva da inércia da União ou atribuir-lhe a unidade da jurisdição tributária.

Nesse sentido também caminha o pensamento de Jorge Miranda³, ao pontuar que a “ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema com função prospectiva, dinamizadora e transformadora,” atuando como “elementos de construção e qualificação: os conceitos básicos de estruturação do sistema constitucional aparecem estreitamente conexos com os princípios,” decorrendo daí “o peso que revestem na interpretação evolutiva; daí a exigência que contém ou o convite que sugerem para a adoção de novas formulações ou de novas normas que com eles melhor se coadunem e que, portanto, mais se aproximam da idéia de direito inspiradora da Constituição”

Ao tratar do tema, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco⁴ salientam que os “aplicadores da Constituição, em face das normas infraconstitucionais de múltiplos significados,” devem proceder a interpretação de modo a preservar os princípios da certeza e segurança jurídica, que “estariam comprometidos se os aplicadores do direito, em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos,

pudessem atribuir-lhes qualquer significado”. Destacam que:

[...] o princípio da **interpretação conforme** passou a consubstanciar, também, um mandato de otimização do **querer** constitucional, ao não significar apenas que entre distintas interpretações de uma mesma norma há que se optar por aquela que a torne compatível com a constituição, mas também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que **se orienta para a Constituição** ou a que melhor corresponde às decisões do constituinte”.

No caso da Emenda Constitucional n. 45, em consonância com o disposto no inciso IV do art. 1º da CF/88, que erigiu o trabalho como valor fundamental para a edificação da república brasileira, este querer está direcionado para a consolidação da unidade da jurisdição trabalhista, a fim de garantir a integralidade da tutela judicial nas relações de trabalho, nestes termos balizando a interpretação das normas infraconstitucionais e o procedimento estatal. Em nenhum momento foi estabelecido o deslocamento das atribuições fiscais ou transferência da jurisdição tributária da Justiça Federal Comum para a Justiça Trabalhista, como vem arguindo a União em inúmeros recursos que tem ajuizado perante esta Justiça Especializada.

³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora Limitada, 1991, Tomo II, p. 226-227.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 119-120.

5 A DISTINÇÃO ENTRE FATO GERADOR E CONSTITUIÇÃO EM MORA

A distinção entre fato gerador e constituição em mora não enseja maiores questionamentos em matéria trabalhista. Se, por exemplo, determinado empregado faz horas extras em janeiro e não recebe o respectivo pagamento, tal configura o fato gerador. Entretanto, se ajuizar ação apenas em dezembro, o pagamento dos juros decorrentes da constituição em mora só será exigível a partir de dezembro, nos termos do art. 883 da CLT.

Tal ocorre porque a constituição em mora não se dá no mesmo momento do fato gerador.

Se assim decidimos em relação ao crédito trabalhista, que é privilegiado por deter natureza alimentar, qual o fundamento para desconsiderar a mesma distinção estabelecida na lei previdenciária, que por ter natureza tributária está adstrita ao princípio da estrita legalidade?

Ora, em relação aos recolhimentos previdenciários cuja execução é processada em ação trabalhista o raciocínio deve ser o mesmo, notadamente ante o constante da recente Lei n. 11.941/2009 que, ao alterar o disposto no art. 43 da Lei n. 8.212/1991, destacou de forma expressa a diferença entre o momento em que ocorre o fato gerador (§ 2º), daquele em que se dá a constituição em mora (§ 3º), distinção a cujo reconhecimento estamos obrigados pelo princípio da legalidade, pois se a lei assim não entendesse não haveria necessidade de excepcionar os critérios de aferição.

Com efeito, se não houve lançamento nem inscrição em dívida ativa, e o débito previdenciário só foi constituído em decorrência de uma sentença trabalhista que o revestiu de certeza e de uma sentença de liquidação que lhe conferiu liquidez, a constituição em mora só se dá quando o devedor, citado para pagar, deixa de fazê-lo no prazo legal. E tal ocorre porque, como anteriormente destacado, trata-se de uma situação jurídica peculiar e atípica, que se configura nos autos de uma ação judicial que está em trâmite, o que afasta as regras procedimentais estabelecidas nos arts. 34 a 39 da Lei n. 8.212/1991 para a fixação do *dies a quo*, quanto à aplicação de juros pela taxa SELIC e multa moratória, assim como a concessão de parcelamento e recuperação fiscal, benefícios que têm aplicação exclusiva e específica no procedimento fiscal administrativo e execução judicial processada perante a Justiça Federal Comum.

6 O *DIES A QUO* PARA A INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC E A CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 449/2008 NA LEI N. 11.941/2009

Destarte, na execução processada nos autos de uma ação trabalhista, o fato gerador não se confunde com a constituição em mora.

São situações jurídicas distintas, **porque a própria lei assim estabeleceu.**

Com efeito, enquanto o § 2º trata do fato gerador, o § 3º no art. 43 da Lei n. 8.212/1991, com a re-

cente alteração promovida pela Lei n. 11.941/2009, assim prevê a constituição em mora:

Parágrafo 3º-As contribuições sociais serão apuradas mês a mês, com referência ao período de prestação de serviços, mediante a aplicação de alíquotas, limites máximos do salário-de-contribuição e acréscimos legais moratórios vigentes relativamente a cada uma das competências abrangidas, **devendo o recolhimento ser efetuado no mesmo prazo em que devam ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença** ou acordo homologado, sendo que neste último caso o recolhimento será feito em tantas parcelas quantas as previstas no acordo, nas mesmas datas em que sejam exigíveis e proporcionalmente a cada uma delas.

Tal disposição está em plena consonância com o disposto no art. 880, *caput*, da CLT, *in verbis*:

Requerida a execução, o juiz ou presidente do Tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, **inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas** ou garanta a execução, sob pena de penhora.

Esse **critério legal** observou a específica tipicidade dessa modalidade de execução da incidência previdenciária decorrente de uma

sentença trabalhista, que julgou uma situação jurídica em que houve pretensão resistida, não ocorreu ação fiscal por parte da União, não houve anterior lançamento administrativo do débito nem inscrição na dívida ativa, não foi concedida a possibilidade do devedor solicitar qualquer parcelamento (art. 38 da Lei n. 8212/1991 e art. 3º da Lei n. 11.941/2009), requerer inserção em programas de recuperação fiscal (REFIS) ou desconto (art. 1º da Lei n. 11.941/2009).

Além disso, o valor certo da contribuição previdenciária só foi apurado em sentença de liquidação e, por consequência, apenas nessa oportunidade houve a possibilidade do respectivo recolhimento, de sorte que não há amparo para retroagir a imputação em mora ao período anterior ao critério legal estabelecido.

Desse modo, proferida a sentença de liquidação que procederá à apuração das contribuições sociais mês a mês, com referência ao período de prestação de serviços, aplicação das respectivas alíquotas e observância dos limites do salário de contribuição, a Vara expede o mandado nos termos do art. 880 da CLT, constando expressamente que se não houver o recolhimento previdenciário nas 48 horas (mesmo prazo em que devem ser pagos os créditos trabalhistas) o executado passará a responder pelos juros pela taxa SELIC e multa moratória, que serão cobrados até o efetivo cumprimento da obrigação.

E assim é porque nessa execução atípica, a incidência previdenciária decorre inequivocamente de

uma sentença trabalhista “situação definida em lei como necessária e suficiente”, de sorte que a disposição constante do art. 114 do CTN deve ser entendida em consonância com o disposto no inciso II do art. 116 do CTN, ao estabelecer que “tratando-se de situação jurídica” considera-se o ocorrido “desde o momento em que esteja definitivamente constituída nos termos do direito aplicável”, o que só restou configurado com a proferição da sentença de liquidação, ao fixar os valores do *quantum debeatur* exigível para o recolhimento das contribuições previdenciárias.

Por tais razões o cômputo retroativo de multa e juros moratórios desde a prestação de serviços, quando se trata de execução processada de ofício nos autos de uma reclamação trabalhista nos termos do inciso VIII do art.

114 da CF/88, viola frontalmente o disposto no art. 150 da Constituição Federal em vigor e afronta os princípios da estrita legalidade e da segurança jurídica, além de conferir indevidamente ao crédito tributário privilégio superior ao próprio crédito principal trabalhista, em relação ao qual os juros são computados, “em qualquer caso” apenas a partir do ajuizamento. Conforme anteriormente referido, também não há supedâneo legal para considerar que os juros moratórios do débito tributário seriam exigíveis pelo mesmo critério, ou seja desde o ajuiza-

mento da ação, pois o art. 883 da CLT rege apenas a matéria trabalhista e o § 4º do art. 879 da CLT que, sintomaticamente, trata da sentença de liquidação, estabelece expressamente que não é aplicável a lei trabalhista para tanto.

Portanto, o deslinde da controvérsia passa pelo reconhecimento de que não se pode confundir o momento em que ocorre o **fato gerador** com aquele em que se dá a **constituição em mora**. São institutos jurídicos distintos, que se configuram em épocas próprias, em conformidade com os critérios postos pelo ordenamento legal em vigor.

Em relação às verbas trabalhistas, a contagem dos juros moratórios só é devida a partir do ajuizamento da ação e não da data da prestação dos serviços. No caso de incidência previ-

denciária, à parte toda a celeuma que ainda grassa no meio jurídico quanto ao **fato gerador**, os dispositivos legais suso transcritos evidenciam de forma clara que a lei também fixou momentos diferentes para a caracterização do fato gerador e para a configuração do devedor em mora, de modo que deve o intérprete observar tais critérios, notadamente quando se trata de débito tributário, em que prevalece o princípio da estrita legalidade e da “tipicidade fechada”.

Como bem ressalta Roque Antonio Carrazza:

“[...]Não se pode confundir o momento em que ocorre o *fato gerador* com aquele em que se dá a *constituição em mora*. São institutos jurídicos distintos, que se configuram em épocas próprias, em conformidade com os critérios postos pelo ordenamento legal em vigor.”

[...] o princípio da legalidade teve sua intensidade reforçada no campo tributário pelo art. 150 inciso I da CF. Sem essa precisa tipificação de nada valem regulamentos, portarias, atos administrativos e outros atos normativos infralegais: por si sós, não têm a propriedade de criar ônus ou gravames para os contribuintes. Incontroverso, pois, que a cobrança de qualquer tributo pela Fazenda Pública (nacional, estadual, municipal ou distrital) só poderá ser validamente operada se houver uma lei que a autorize. O princípio da legalidade é um limite intransponível à atuação do Fisco. O tributo subsume-se a esse princípio constitucional. Afinal, a vontade da lei, na obrigação tributária, substitui a vontade das partes, na obrigação privada.

Essa mesma fundamentação consta das razões de decidir de voto proferido pelo Ministro Luiz Fux⁵ ao ressaltar que o:

[...] princípio da legalidade, no Direito Tributário, impõe que todos os elementos da exação fiscal estejam previstos em lei, consubstanciando o denominado princípio da estrita legalidade, segundo o qual não apenas a integralidade da hipótese de incidência - em seus critérios material, espacial e temporal - mas também a relação jurídico-tributária - em seus critérios pessoal e quantitativo - devem, imprescindivelmente, constar em lei.

Importante ressaltar que a inobservância desses balizamentos legais pode conferir, indevidamente, maior gravosidade ao crédito tributário em detrimento do principal trabalhista, provocando insustentável desvirtuamento na execução que se processa nesta **Justiça Especializada**.

Pesquisa realizada pelos servidores deste TRT, Cláudio Yoshinori Yoen e Adelina do Amaral Martins, evidencia de forma contundente essa disparidade entre o débito principal trabalhista e o acessório tributário, quando a multa e os juros moratórios são calculados desde a prestação de serviço. Com efeito, no processo 774-2001-053-15-00-3- AP, o débito trabalhista importou em R\$ 3.000,00, enquanto o previdenciário foi pleiteado pela União em R\$ 6.738,59; no processo 1876-2003-053-15-00-8 foi apurado débito trabalhista de R\$ 9.409,95 e pretendido pela União o valor de R\$ 22.899,52 quanto ao previdenciário; no processo 2154-2002-053-15-00-0 foram homologados cálculos trabalhistas em R\$ 3.237,07 e pretendido pela União o recebimento de R\$ 18.678,63.

Pondera Luiz Roberto Marinoni⁶ que interpretar é:

[...] expressar significado. Contudo, muito mais do que atribuir significado a uma norma, cabe à jurisdição *realizar*, no caso concreto, o que foi por ela prometido", pois o direito de ação, assim "como acontece com os direitos fundamentais no

⁵ FUX, Luiz. Ministro Relator do Recurso Especial nº 0241706-6-STJ - Primeira Turma - votação unânime, 11/11/2008.

⁶ MARINONI, Luiz Roberto. **Teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 112 e 210.

Estado constitucional, exige prestações estatais positivas voltadas a sua plena realização concreta.

A competência atribuída pela Emenda Constitucional n. 45 à Justiça do Trabalho não objetivou transferir-lhe atribuições fiscais que são próprias da União, mesmo porque Executivo e Judiciário são poderes com órbitas distintas de atuação, nem provocou o deslocamento da jurisdição tributária, já que preservada a competência da Justiça Federal Comum nos termos do inciso I do art. 109.

Teve o escopo específico de garantir **a efetividade da tutela dos direitos trabalhistas**, de modo que se tornava necessário **preservar a integridade da jurisdição**, abarcando também os efeitos dela decorrentes ao sistema previdenciário, face à

condição de segurado obrigatório do trabalhador. Como a vinculação do fisco com o empregador não tem natureza trabalhista, mas tributária, a execução de ofício só pode ser processada com observância dos limites traçados pelo princípio da estrita legalidade, notadamente quanto aos critérios de constituição em mora e cômputo do *dies a quo* para incidência da taxa SELIC, face ao disposto no § 3º do art. 43 da Lei n. 8212/1991 com a nova redação estabelecida pela Lei n. 11.841/2009.

Destarte, em relação às contribuições previdenciárias devidas

em decorrência de sentença trabalhista, executadas de ofício nesta Justiça Especializada, o *dies a quo* para o aplicação da taxa SELIC passa a ser computado se não houver pagamento nas 48 horas estabelecidas no art. 880 da CLT, devendo tal cominação constar expressamente do mandado, para que o executado seja cientificado do encargo que passará a suportar.

7 O PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA

Importante ressaltar que em relação às matérias disciplinadas pelo Direito Tributário, a Constituição Federal ampliou o alcance do princípio da legalidade constante do inciso II do art. 5º, exigindo em seu art. 150 a observância do princípio

da **estrita legalidade**, de modo que o poder de tributar está limitado ao que consta expressamente das normas quanto às condições e tipicidade, regra que também alcança a incidência previdenciária e visa preservar a segurança jurídica como valor fundamental para a operacionalidade do sistema.

Assim sendo, o patrimônio do contribuinte só pode ser onerado nos termos e condições estabelecidos pela norma legal, de sorte que cada ato concreto da atividade tributária estatal deve estar rigorosamente respaldado em uma regra, como tam-

“A competência atribuída pela Emenda Constitucional 45 à Justiça do Trabalho não objetivou transferir-lhe atribuições fiscais que são próprias da União, mesmo porque Executivo e Judiciário são poderes com órbitas distintas de atuação [...]”

bém prescreveu o art. 97 do CTN, notadamente em relação aos elementos essenciais do *an* e do *quantum debeat*, o que levou à formulação do conceito de estrita legalidade.

Ao discorrer sobre o tema, Nelson Nery Junior⁷ revela mais, ao destacar que o princípio da legalidade está inserido no *substantive due process*, agasalhado no inciso LIV do art. 5º de nossa Carta Magna, com o escopo de garantir “legal e pragmaticamente, a segurança jurídica.”

Tal fundamento doutrinário vem reforçar a interpretação de que a contagem do *dies a quo* para fins de aplicação da taxa SELIC, em relação às incidências previdenciárias executadas de ofício pela Justiça do Trabalho, deve observar a diretriz estabelecida no § 3º do art. 43 da Lei n. 8212/1991 (inserido pela Lei n. 11.941/2009) **no que se refere aos critérios de constituição em mora, que exigem a prévia quantificação líquida da obrigação tributária que o sujeito passivo terá que recolher ao fisco**, porque a regra legal assim a considerou como execução atípica, regida por critérios próprios, já que não houve anterior ação fiscal pela União, lançamento do débito, nem inscrição na dívida ativa.

Portanto, ante o disposto no art. 150 da CF/88, deve ser considerado o prazo fixado no art. 880 da CLT para o cumprimento da obrigação tributária, sob pena de ocorrer violação ao princípio da

estrita legalidade, segundo o qual não basta que a lei preveja a exigência de um tributo, sendo necessário observar também os critérios que vinculam a atuação da Fazenda Pública quanto à constituição em mora numa determinada situação jurídica. Tal visa preservar a segurança jurídica, que o sistema erigiu como direito fundamental no inciso LIV do art. 5º da Constituição, e impedir que a União aumente indevidamente o valor do débito, pois na “verdade, o *quantum* a ser desembolsado é o que afinal vai interessar, sendo tudo o mais instrumental do implemento das garantias que a Constituição dá, daí a razão pela qual a fixação do *quantum* direta ou indiretamente está subordinada à legalidade”.

Roque Antonio Carrazza⁸ observa com percuciência que, embora louváveis os “propósitos de aumentar a arrecadação e punir os infratores absolutamente não podem prevalecer sobre a segurança jurídica dos contribuintes. Em suma, em matéria tributária e tributário-penal, positivamente, é vedada a interpretação analógica *in malam partem*”. Assim sendo, em se tratando de execução de contribuições previdenciárias, processadas de ofício pela Justiça do Trabalho, não pode ser descumprida a regra posta e exigido o recolhimento do tributo em condições diversas da estipulada

⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 83-88.

⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 245 a 252.

no § 3º do art. 43 da Lei n. 8.212/1991 quanto à contagem do *dies a quo* para o cômputo dos juros pela taxa SELIC e multa moratória.

8 CONCLUSÃO

Transcorridos quase cinco anos da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, que trouxe alterações estruturais significativas, fortalecendo a unidade da jurisdição trabalhista a fim de fazer valer o trabalho como princípio fundante da República brasileira, vivemos um momento de maturidade na avaliação de seus efeitos. Os arroubos, próprios da fase de conquista de maior espaço institucional de atuação para esta Justiça Especializada, deram lugar a uma nova perspectiva de ponderação na avaliação dessa mudança, a fim de garantir segurança jurídica, operacionalidade e coerência sistêmica do ordenamento, de modo que o disposto no inciso VIII do art. 114 deve ser interpretado exatamente nos termos em que foi estabelecido, com a finalidade de implementar a integralidade da jurisdição trabalhista, e não de substituir a ação fiscal da União ou deslocar a competência tributária da Justiça Federal Comum, não elidindo a aplicação do inciso I do art. 109 da Constituição Federal de 1988.

Destarte, com o escopo de preservar a estrita legalidade e demais princípios agasalhados no art. 150, assim como a segurança jurídica assegurada pelo *due process of law* estabelecido como direito fundamental no inciso LIV do art. 5º,

ambos da Constituição Federal, é preciso proceder à interpretação que preserve a unidade constitucional, de modo que nas execuções processadas de ofício em relação às contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças proferidas pela Justiça do Trabalho, a configuração da mora, com a contagem do *dies a quo* para aplicação de juros pela taxa SELIC e multa moratória, deve observar os critérios estabelecidos pelo § 3º do art. 43 da Lei n. 8.212/1991.

9 REFERÊNCIAS

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora Limitada, 1991, Tomo II.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARINONI, Luiz Roberto. **Teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, v. 1.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.